



**QUEEN'S
UNIVERSITY
BELFAST**

Intersektionelle Diskriminierung vor dem Europäischen Gerichtshof – Ein erster verfehlter Versuch? Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 24.11. 2016 – Rechtssache Parris

Schiek, D. (2017). Intersektionelle Diskriminierung vor dem Europäischen Gerichtshof – Ein erster verfehlter Versuch? Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 24.11. 2016 – Rechtssache Parris. *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 407-417.

Published in:
Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht

Document Version:
Peer reviewed version

Queen's University Belfast - Research Portal:
[Link to publication record in Queen's University Belfast Research Portal](#)

Publisher rights

© Beck Publishers.

This work is made available online in accordance with the publisher's policies. Please refer to any applicable terms of use of the publisher.

General rights

Copyright for the publications made accessible via the Queen's University Belfast Research Portal is retained by the author(s) and / or other copyright owners and it is a condition of accessing these publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

Take down policy

The Research Portal is Queen's institutional repository that provides access to Queen's research output. Every effort has been made to ensure that content in the Research Portal does not infringe any person's rights, or applicable UK laws. If you discover content in the Research Portal that you believe breaches copyright or violates any law, please contact openaccess@qub.ac.uk.

Intersektionelle Diskriminierung vor dem Europäischen Gerichtshof – ein erster verfehlter Versuch?

*Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 24.11. 2016 – Rechtssache Parris**

*Von Prof. Dr. Dagmar Schiek, Belfast***

Tenor des Urteils

1. Art. 2 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ist dahin auszulegen, dass eine nationale Regelung, die im Rahmen eines betrieblichen Versorgungssystems den Anspruch überlebender eingetragener Lebenspartner von Mitgliedern des Systems auf eine Hinterbliebenenversorgung an die Voraussetzung knüpft, dass die eingetragene Lebenspartnerschaft geschlossen wurde, bevor das Mitglied das 60. Lebensjahr vollendet hat, obwohl es dem Mitglied nach nationalem Recht nicht möglich war, vor Erreichen dieser Altersgrenze eine eingetragene Lebenspartnerschaft zu schließen, keine Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung darstellt.

2. Die Art. 2 und 6 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78 sind dahin auszulegen, dass eine nationale Regelung wie die des Ausgangsverfahrens, die im Rahmen eines betrieblichen Versorgungssystems den Anspruch überlebender eingetragener Lebenspartner von Mitgliedern des Systems auf eine Hinterbliebenenversorgung an die Voraussetzung knüpft, dass die eingetragene Lebenspartnerschaft geschlossen wurde, bevor das Mitglied das 60. Lebensjahr vollendet hat, obwohl es dem Mitglied nach nationalem Recht nicht möglich war, vor Erreichen dieser Altersgrenze eine eingetragene Lebenspartnerschaft zu schließen, keine Diskriminierung wegen des Alters darstellt.

3. Die Art. 2 und 6 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78 sind dahin auszulegen, dass eine nationale Regelung wie die des Ausgangsverfahrens keine Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung in Verbindung mit dem Alter begründen kann, wenn sie bei getrennter Betrachtung dieser Faktoren weder eine Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung noch eine Diskriminierung wegen des Alters darstellt.

* Europäischer Gerichtshof (EuGH) 24.11. 2016 – C-443/15.

** Professor of Law, Jean Monnet ad personam Chair in EU Law & Policy, Queen's University Belfast.

Anmerkung

I. Problemstellung	2
1. Ausgangsfall	2
2. Vorlagefragen.....	3
II. Bedeutung der Entscheidung und Vorgehen	3
III. Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung	4
IV. Benachteiligung wegen des Alters und Altersdiskriminierung	6
V. Intersektionelle Ungleichheit: Parris als der DeGraffenreid-Moment des EuGH?	7
1. Mehrfachdiskriminierung und intersektionelle Diskriminierung.....	7
2. Mehrfachdiskriminierung im positiven EU Recht	9
3. Die Verarbeitung der Diskussion in der Parris-Entscheidung	10
VI Abschließende Würdigung.....	10

I. Problemstellung

1. Ausgangsfall

Die Vorlage des irischen Arbeitsgerichts erfolgte im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen *David Parris* und dem Trinity College (Dublin) sowie dessen Trägerkörperschaften über die Frage, ob dem Lebenspartner des Klägers nach dessen Tod eine Hinterbliebenenrente aus der betrieblichen Altersversorgung zusteht. Der im April 1946 geborene Kläger wurde im Jahre seiner Einstellung als Dozent am Trinity College in dessen betriebliches Altersversorgungssystem aufgenommen. Das System sieht Hinterbliebenenrenten für Ehegatten vor, sofern die Eheschließung erfolgte, bevor das Mitglied das 60. Lebensjahr vollendet hat. Im Jahre 2011 wurde die Eingehung einer Lebenspartnerschaft der Eheschließung gleichgestellt. Der Kläger, der die britische und irische Staatsangehöriger hat, ging im April 2009 im Alter von 63 Jahren eine Lebenspartnerschaft mit seinem langjährigen Partner nach britischem Recht ein, was ihm frühestens im Dezember 2005, also nach Vollendung des 60. Lebensjahres, möglich gewesen wäre. Nachdem im Juni 2010 das irische Lebenspartnerschaftsgesetz verabschiedet wurde, beantragte der Kläger im September 2010 die Feststellung, dass seinem eingetragenen Lebenspartner bei seinem Tod eine Hinterbliebenenrente zustehe. Zwischen der Ablehnung des Antrags und der Zurückweisung des Widerspruchs trat das irische Lebenspartnerschaftsgesetz am 1. Januar 2011 in Kraft, und die britische Lebenspartnerschaft des Klägers wurde nach irischem Recht mit sofortiger Wirkung anerkannt. Die rückwirkende Anerkennung war gesetzlich ausgeschlossen. Der abgelehnte Antrag wird mit der Klage weiterverfolgt.

Das irische Rentengesetz (Pensions Act 1990), das 2004 zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG¹ geändert wurde, enthält ein allgemeines Verbot der Benachteiligung wegen des Alters und der

¹ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Amtsblatt EG 2000 L 303/16).

sexuellen Ausrichtung sowie – über die Vorgaben der Richtlinie hinausgehend – des Familienstandes (Section 66). Nach Section 72 liegt keine Altersdiskriminierung vor, wenn Altersgrenzen oder Dienstzeiten (oder eine Kombination von beidem) als Voraussetzung der Mitgliedschaft in einem Versorgungssystem oder des Bezugs von Versorgungsleistungen vorgesehen sind. Außerdem stellt die bevorzugte Behandlung einer Witwe oder eines Witwers eines verstorbenen Mitglieds keinen Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung ungeachtet des Familienstandes dar.

2. Vorlagefragen

Nach der Auslegung des irischen Arbeitsgerichts schränkt das nationale Recht die Gewährung einer Hinterbliebenenrente durch die Voraussetzung ein, dass das Mitglied und sein überlebender Lebenspartner vor Vollendung des 60. Lebensjahres eine Lebenspartnerschaft begründet haben müssten, obwohl dies nach nationalem Recht erst zu einem späteren Zeitpunkt möglich war. Es legte dem EuGH drei Fragen zur Auslegung vor: erstens, ob diese Kombination eine Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung darstelle, zweitens sie als Altersdiskriminierung zu verstehen sei, obwohl das Alter kein für versicherungsmathematische Berechnungen maßgebendes Kriterium darstelle, und drittens, ob es eine Diskriminierung entgegen Art. 2 Richtlinie 2000/78/EG darstelle, wenn sich die beschriebene Wirkung aus einer Kombination aus Alter und sexueller Ausrichtung ergebe.

II. Bedeutung der Entscheidung und Vorgehen

Die Parris-Entscheidung, obwohl „nur“ von der fünfköpfigen ersten Kammer getroffen, hat sicherlich weitreichende Bedeutung: Sie stellt die fünfte Entscheidung zur sexuellen Ausrichtung dar² und setzt eine lange Reihe von Entscheidungen zur Altersdiskriminierung³ fort. Zudem hat erstmals ein nationales Gericht eine Frage zur Diskriminierung aufgrund einer Kombination zweier verpönder Merkmale vorgelegt. In allen drei Aspekten weicht die Entscheidung von den Schlussanträgen von Generalanwältin Kokott ab, was trotz des insgesamt enttäuschenden Ergebnisses Anlass zu Hoffnung auf Weiterentwicklung in der Zukunft gibt.

Die zugrundeliegende Problematik ist allerdings äußerst komplex: Der EuGH lehnte das Vorliegen einer Diskriminierung ab, weil er eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung weder aufgrund der sexuellen Ausrichtung noch aufgrund des Alters erkennen konnte. Deswegen, so der Gerichtshof, könne auch keine Diskriminierung aufgrund der Kombination beider Merkmale vorliegen. Generalanwältin Kokott erkennt demgegenüber eine mittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung sowie eine unmittelbare Ungleichbehandlung wegen des Alters und spricht sich zudem dafür aus, eine Mehrfachdiskriminierung anzuerkennen, allerdings nur als mittelbare Diskriminierung. Weder der Gerichtshof noch die Generalanwältin verwenden den Begriff der intersektionellen Diskriminierung.

² EuGH 1.4. 2008 – C-267/06 – Maruko ; EuGH (Große Kammer) 10.5. 2011 – C-147/08 – Römer und dazu Brors, EuZA 5 (2012), 67; EuGH 25.4. 2013 – C-81/12 -Asociația Accept; EuGH 12.12. 2013 – C-267/12 – Hay. Zur der Diskriminierung im Zusammenhang mit der Lebenspartnerschaft vgl. Mulder, *EU Non-Discrimination Law in the Courts*, 2007, S. 55-58, 238-242.

³ Für eine konzeptionelle Darstellung der Rechtsprechung bis 2010 vgl. Schiek, *Common Market Law Review* 48 (2011), 777-799, zuletzt EuGH (Große Kammer) 19.4. 2016 – C-441/14 – Dansk Industri (DI) und dazu Sprenger, EuZA 9 (2016), 460. Aus der umfangreichen Literatur vgl. z.B. Waltermann, *Recht der Arbeit (RdA)* 2015, 343-352, Mohr, *RdA* 2017, 35-43, Numhauser-Henning/Rönnmar (Herausgeber – Hrsg.) *Age Discrimination and Labour Law. Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond*, 2015.

Um die Entscheidung angemessen zu würdigen, ist zunächst das Vorliegen einer Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung und des Alters zu erörtern, bevor die Problematik der intersektionellen Diskriminierung eingeführt und auf diesem Hintergrund die jeweilige Positionierung zur Mehrfachdiskriminierung einer kritischen Bewertung unterzogen werden kann.

III. Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung

Der EuGH hat sich schon mehrfach mit dem Zusammenhang vom Ausschluss homosexueller Lebenspartner von der Hinterbliebenenversorgung bei sektorspezifischen Altersvorsorgesystemen und Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung befasst. In der Entscheidung Maruko (2008, zum deutschen Recht)⁴ hatte der Gerichtshof geklärt dass ein sektorspezifisches Altersversorgungssystem, in das auch der Arbeitgeber Beiträge einzahlte, als Entgelt im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG einzuordnen sei. Zudem hatte der EuGH entschieden, dass die Benachteiligung von Lebenspartnern im Vergleich zu Verheirateten als unmittelbare Diskriminierung zu beurteilen sei, sofern das nationale Recht die Lebenspartnerschaft der Ehe in dem relevanten Sachbereich im Wesentlichen gleichstelle. Dies war in der Rechtssache Römer (2011, ebenfalls zum deutschen Recht)⁵ sowie in der Rechtssache Hay (2013, zum französischen Recht)⁶ bestätigt worden. In allen drei Entscheidungen hatten die homosexuellen Kläger jedoch nach nationalem Recht die Möglichkeit, eine Lebenspartnerschaft einzugehen. Dementsprechend war die im 22. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/78 betonte Alleinzuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Regelung des Familienstandes nicht berührt. Die ausdrückliche Bezugnahme des Gerichtshofes auf diesen Umstand legte jedoch die Bewertung nahe, dass Homosexuelle in Gesellschaften, die ihnen ablehnender gegenüberstanden als andere, den geringsten Schutz gegen Diskriminierung genossen: Sofern ein Mitgliedstaat Homosexuellen eine rechtlich abgesicherte Partnerschaft ermöglicht, kann man von einem etwas offenerem gesellschaftlichen Diskurs ausgehen. Gerade in solchen Mitgliedstaaten konnten sich Homosexuelle auf Gleichbehandlung berufen. Wenn allerdings eine entsprechend Offenheit (und Institutionen wie Verpartnerung) nicht existierten, konnte die Gleichbehandlung verweigert werden. In der Rechtssache Parris scheint es um den letztgenannten Fall zu gehen: Der Kläger litt unter einer Benachteiligung, weil Irland erst 2011 die gesetzliche Lebenspartnerschaft anerkannte.

Generalanwältin *Kokott* bejahte dennoch eine mittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung.

Überzeugend ist ihre Argumentation zur Zuständigkeit des Mitgliedstaates zur Regelung des Familienstandes⁷: *Kokott* weist zutreffend darauf hin, dass Irland seit 2011 die Lebenspartnerschaft Homosexueller gesetzlich anerkennt, seit 2015 sogar die Heirat. Es geht also nicht darum, eine Wertentscheidung des nationalen Gesetzgebers zu umgehen, sondern gerade darum, dem gesetzlich dokumentierten Wertewandel zugunsten der Akzeptanz Homosexueller zum Durchbruch zu verhelfen.

⁴ EuGH 1.4. 2008 – C-267/08 – Maruko.

⁵ EuGH (Große Kammer) 10.5. 2011 – C-147/08 – Römer.

⁶ EuGH 12.12. 2013 – C-267/12 – Hay.

⁷ Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge 30.6. 2016 EuGH – C-443/15 Rn. 100-109 – Parris.

Kokotts Argumentation zum Vorliegen einer Diskriminierung wegen der Homosexualität⁸ ist allerdings nicht vollständig überzeugend. Sie argumentiert, die Altersgrenze von 60 Jahren als Voraussetzung des Erwerbs einer Hinterbliebenenversorgung sei zwar vom Wortlaut her neutral, treffe aber eine erhebliche höhere Anzahl Homosexueller als Heterosexueller in Irland nachteilig, da die Verpartnerung eben erst 2011 möglich gewesen sei. *Kokott* geht davon aus, dass es „einige homosexuelle Arbeitnehmer gibt, denen es angesichts der seit 2011 geltenden Gesetzeslage vergönnt ist, noch vor dem 60. Lebensjahr zu heiraten“.⁹ Diese Annahme ist nicht ganz nachvollziehbar, denn es gibt in Irland mit einer relativ jungen Bevölkerung sicherlich mehr Homosexuelle, die 2011 das 60. Lebensjahr noch nicht vollendet hatten, als solche, die älter waren. Zutreffend ist, dass Heterosexuelle (oder Homosexuelle, die eine gegengeschlechtliche Heirat bevorzugen) der Geburtsjahre bis 1952 vor Vollendung des 60. Lebensjahres heiraten konnten, was für Homosexuelle, die ihre sexuellen Partner oder Partnerinnen ehelichen wollten, nicht zutraf. Gerade diese Überlegungen zeigen jedoch, dass die Klassifizierung des Falles als Diskriminierung aufgrund der Homosexualität verfehlt ist. Seit 2011 werden Homosexuelle eben nicht (mehr) im Altersversorgungssystem des Trinity College benachteiligt. Die Benachteiligung des Klägers ergibt sich lediglich aus der Interaktion seines Alters mit seiner sexuellen Ausrichtung.

Kokotts Argumentation zur Rechtfertigung der überwiegend nachteiligen Betroffenheit Homosexueller ist davon geprägt, dass sie die Verhinderung des Missbrauchs der Regelung durch gesundheitlich angeschlagene über 60jährige Beschäftigte als einzige Rechtfertigung ansieht und einen strengen Maßstab anlegt: Sie prüft nicht nur die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahme zur Erreichung des gesetzten Zieles, sondern darüber hinaus die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.¹⁰

Der Gerichtshof teilt die Auffassung der Generalanwältin, dass keine unmittelbare Diskriminierung wegen der Lebenspartnerschaft vorliegt, und lehnt das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung unter Hinweis auf die Autonomie der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Regelungen zum Familienstand ab.¹¹ Der Gerichtshof zitiert die *Maruko*-Entscheidung, nach der die Mitgliedstaaten bei der Gesetzgebung zum Familienstand den unionsrechtlichen Grundsatz der Nichtdiskriminierung zu beachten haben. Er sieht jedoch keinerlei Verpflichtung Irlands, aus der Legalisierung der homosexuellen Lebensgemeinschaften im Jahr 2011 Konsequenzen für die Gleichbehandlung all derjenigen zu ziehen, die von den damit verbundenen Rechten Gebrauch machen. Selbst wenn man – wie hier – die Auffassung teilt, die von Herrn *Parris* erlittene Diskriminierung könne nur bei angemessener Würdigung der Verschränkung von Alter und sexueller Ausrichtung angemessen gewürdigt werden, ist dieser Kotau vor der nationalen Souveränität nicht überzeugend.

Unabhängig davon wäre das Ergebnis, es liege keine Diskriminierung allein wegen der sexuellen Orientierung vor, gut zu rechtfertigen. Die Auffassung, dass Homosexuelle überwiegend nachteilig von der Regelung betroffen sind, trifft eben nur für Homosexuelle einer bestimmten Altersgruppe zu. Berücksichtigt man, dass die Akzeptanz gleichgeschlechtlicher Partnerschaften fortschreitend zunimmt, so ist es sogar wahrscheinlich, dass es in jüngeren Jahrgängen mehr homosexuelle

⁸ Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge 30.6. 2016 EuGH – C-443/15 Rn. 54-64 – *Parris*.

⁹ Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge 30.6. 2016 EuGH – C-443/15 Rn. 62 – *Parris*.

¹⁰ Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge 30.6. 2016 EuGH – C-443/15 Rn. 89-99 – *Parris*.

¹¹ EuGH – C-443/15 Rn. 45-62 – *Parris*.

Personen gibt die auf eine gegengeschlechtliche Eheschließung verzichten und ihre Homosexualität offen leben. Eine Diskriminierung wegen der Homosexualität liegt danach nicht vor.

IV. Benachteiligung wegen des Alters und Altersdiskriminierung

Demgegenüber stellt die streitgegenständliche Regelung der betrieblichen Altersversorgung ganz unzweifelhaft eine Benachteiligung wegen des Alters dar: Versicherte, die nach Erreichen des 60. Lebensjahres geheiratet haben oder eine Lebenspartnerschaft eingegangen sind, können zugunsten ihrer hinterbliebenen Partner keine Versorgungsansprüche erwerben. Die Richtlinie 2000/78/EG lässt allerdings den Mitgliedstaaten weiten Spielraum um Benachteiligungen wegen des Alters zu rechtfertigen. Neben Art. 4 Richtlinie 2000/78/EG, der die Rechtfertigung mit unverzichtbaren beruflichen Anforderungen erlaubt, sieht Art. 6 Richtlinie 2000/78/EG zwei weitere Rechtfertigungsgründe vor: die Rechtfertigung der Benachteiligung mit sozial- und beschäftigungspolitischen Motiven, wofür auch einige Fallbeispiele aufgeführt werden. Zudem ist bei betrieblicher Alterssicherung möglich, bestimmte Altersgrenzen für die Mitgliedschaft, den Bezug von Alters- oder Invalidenrente, generell oder unterschiedlich für bestimmte Gruppen von Beschäftigten festzulegen.

Nach Auffassung von Generalanwältin *Kokott* ist eine Rechtfertigung weder nach Art. 6 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG (der allein Gegenstand der Vorlagefrage war) noch nach dessen Abs. 1 möglich. Zu Abs. 2 argumentiert sie, dass eine Bestimmung zum Alter des Versorgungskassenmitglieds bei der Eheschließung beziehungsweise Eingehung einer Lebenspartnerschaft eben nicht auf das Alter bei Mitgliedsschaftsbegründung oder Leistungsbezug Bezug nehmen und dass eine erweiternde Auslegung des Abs. 2 als Ausnahmen von einem wesentlichen Grundsatz des Unionsrechts auch nicht möglich sei.¹² Auch eine sozialpolitische Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG schließt sie aus, da der Grund der Regelung allein in der Missbrauchsvermeidung liege. Dieses könne aber – anders als bei der mittelbaren Diskriminierung – nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden, da die Maßstäbe bei der Rechtfertigung einer unmittelbaren Diskriminierung nach Art. 6 Richtlinie 2000/78/EG strenger sein müssten.¹³ Diese Differenzierung widerspricht der Rechtsprechung des Gerichtshofes seit der Rechtsache *Age Concern England*,¹⁴ wonach bei der Rechtfertigung im Rahmen von mittelbarer Diskriminierung und Art. 6 Richtlinie 2000/78/EG der gleiche Maßstab anzulegen ist. Allerdings kommt es auf diese Abweichung von der Rechtsprechung im Grunde nicht an, da *Kokott* auch bei Anlegung weniger strenger Maßstäbe keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung erkennen kann.

Der Gerichtshof ist auch hier seiner Generalanwältin nicht gefolgt und subsumiert die Altersgrenze unter Art. 6 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG. Die Altersgrenze lege den Zugang zum System der Hinterbliebenenversorgung als Teil der betrieblichen Altersversorgung fest, und könne damit nach Art. 6 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG gerechtfertigt werden.¹⁵

Wie schon gesagt, ist die Rechtfertigung der Altersdiskriminierung komplex, und aus diesem Grunde ist die differenzierte Handhabung der Rechtfertigungsmaßstäbe durch den EuGH nicht rundheraus

¹² Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge 30.6. 2016 EuGH – C-443/15 Rn. 123-132 – Parris.

¹³ Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge 30.6. 2016 EuGH – C-443/15 Rn. 133-141 – Parris.

¹⁴ EuGH 5.3. 2009 – C-388/07 Rn. 58-67 – *Age Concern England*.

¹⁵ EuGH – C-443/15 Rn. 74 – Parris.

abzulehnen. Sie verschafft den Mitgliedstaaten und Sozialpartnern die nötige Flexibilität, um beispielsweise die synchronisierende Funktion sozialstaatlicher Regelungen beizubehalten.¹⁶ Das kann damit gerechtfertigt werden, dass die übliche Legitimation von Diskriminierungsverboten bei der Altersdiskriminierung nur begrenzt greift.¹⁷ Nur soweit Differenzierungen auf Stereotypisierungen beruhen – etwa bei der Diskriminierung Älterer –, ist ein strenger Maßstab gefordert. In diesem speziellen Fall scheinen diese komplexen Überlegungen jedoch weder für die Generalanwältin noch für den Gerichtshof ausschlaggebend. Nach Auffassung von *Kokott* kann die Ungleichbehandlung auch bei weniger strengen Maßstäben nicht gerechtfertigt werden, während nach – insoweit überzeugender – Auffassung des Gerichtshofes die Rechtfertigung des Art. 6 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG durchschlägt.

V. Intersektionelle Ungleichheit: Parris als der DeGraffenreid-Moment des EuGH?

Dem Gerichtshof haben auch bisher schon Vorabentscheidungsersuchen vorgelegen, in denen das nationale Gericht Mehrfachdiskriminierungen hätte adressieren können.¹⁸ Im Parris-Fall war die Mehrfachdiskriminierung jedoch erstmals ausdrücklich Gegenstand der Vorlagefragen. Der Fall stellt zudem eine besonders interessante Konstellation im Bereich der Mehrfachdiskriminierung dar, da es sich um eine intersektionelle Diskriminierung im engeren Sinne handelt.

1. Mehrfachdiskriminierung und intersektionelle Diskriminierung

Unter dem Oberbegriff „Mehrfachdiskriminierung“¹⁹ werden in der Literatur die additive, kumulative und intersektionelle Diskriminierung unterschieden.²⁰ Eine intersektionelle Diskriminierung liegt danach vor, wenn eine Benachteiligung nur Personen trifft, die zwei oder mehr Merkmale in sich vereinen, aufgrund derer Diskriminierung verboten ist.²¹ Diese Konstellation lag auch den Fällen zugrunde, die *Kimberlé Crenshaw*²² inspirierten, die Diskriminierung schwarzer Frauen mit einem Unfall an einer Kreuzung (*intersection*) zweier Straßen zu vergleichen, bei dem das Opfer von zwei Fahrzeugen erfasst wird. Wegen der Schwierigkeiten genau festzustellen, welches der beiden Fahrzeuge für die erlittene Verletzung ursächlich war, waren nach US amerikanischem Recht Schadensersatzansprüche zuweilen nicht durchsetzbar, obwohl die Verletzungen häufig schwerer sind als in Fällen, in die nur ein Fahrzeug involviert ist. Auch in echten Fällen von intersektioneller Diskriminierung ist es gerade nicht möglich, eine Diskriminierung aufgrund jedes (oder auch nur eines) der verpönten Merkmale festzustellen. Dies, so *Crenshaws* Analyse, führt dann zur *de-*

¹⁶ Ausdrücklich befürwortend *Numhauser-Henning*, in: Numhauser-Henning/Rönnmar (Fn. 3), S. 115-140, 129-137.

¹⁷ *Schiek*, in: Numhauser-Henning/Rönnmar (Fn. 3), S. 71-92, 83-86.

¹⁸ *Schiek/Mulder*, in: Philipp et al (Hrsg.) *Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung*, 2014, S. 43-72, 52-54, siehe auch *Ellis/Watson*, *EU Anti-Discrimination Law*, 2. Auflage 2012, S. 157.

¹⁹ Z.B. verwendet von *Berghahn et al*, *Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes*, 2016, S. 53-57.

²⁰ Zuerst *Makkonen*, *Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, 2002, S. 9-12.

²¹ Vgl. *Berghahn et al* (Fn. 19), S. 53-57; *Makkonen* (Fn. 20), S. 9-12; *Holzleithner*, in: Scherr et al (Hrsg.) *Handbuch Diskriminierung*, 2016, S. 1-27, 22-23.

²² *Crenshaw*, *Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*, *University of Chicago Legal Forum* 140 (1989), 139-167, auf Deutsch wiederveröffentlicht in Lutz/Herrera Vivar/Supik (Hrsg.), *Fokus Intersektionalität: Bewegungen und Verortungen eines vielschichtigen Konzepts*, 2013, S. 35-58.

recognition der intersektionellen Diskriminierung: Die schwarze Frau liegt sozusagen im toten Winkel des Antidiskriminierungsrechts.

Die US amerikanische DeGraffenreid-Entscheidung²³ von 1976 war eines der Beispiele, die *Crenshaw* zur Illustrierung der Problematik heranzog: In diesem Fall hatte General Motors die von einer Massenentlassung betroffenen Beschäftigten überwiegend nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit ausgewählt. Das führte zu einer überproportionalen Betroffenheit schwarzer Frauen und zu einer Klage unter Berufung auf das Verbot der mittelbaren Diskriminierung. Allerdings waren weder Frauen noch Schwarze von diesem Auswahlprinzip überwiegend nachteilig betroffen. Der District Court lehnte es ab, die Gruppe der schwarzen Frauen als eine vom Antidiskriminierungsrecht geschützte Gruppe anzuerkennen, und wies die Klage ab, weil schon der erste Schritt des Nachweises einer mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts oder der „Rasse“ scheiterte. In vergleichbarer Weise wurde in Großbritannien bis in die 2000er Jahre hinein der spezifische Nachweis jeder einzelnen konstituierenden Diskriminierung verlangt, bevor eine mehrdimensionale Diskriminierung akzeptiert wurde.²⁴ Das common law auf beiden Seiten des Atlantiks, und insbesondere im Vereinigten Königreich, hat sich inzwischen weiterentwickelt: Es fordert nicht mehr grundsätzlich, dass Mehrfachdiskriminierung nur anzuerkennen ist, wenn jede einzelne Diskriminierung nachgewiesen wurde. Damit besteht die Möglichkeit, neben additiven auch echte intersektionelle Diskriminierungen anzuerkennen.²⁵

Die Parris-Entscheidung könnte geradezu als der DeGraffenreid-Moment des EuGH charakterisiert werden: Der Gerichtshof lehnte es ab, eine Diskriminierung anzuerkennen, weil weder eine Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung noch wegen des Alters vorliege. Es gebe „keine neue, aus der Kombination mehrerer dieser Gründe wie der sexuellen Ausrichtung und des Alters resultierende Diskriminierungskategorie“.²⁶ Die Ähnlichkeit mit der DeGraffenreid und ähnlichen Entscheidungen ist unverkennbar, wenn auch kein ausdrücklicher Bezug hergestellt wird.

²³ Emma DeGraffenreid et al Appellants v General Motors Assembly Division et al Appellees, United States Court of Appeal 8th Division, submitted March 18 1977, decided July 15 1977, abrufbar unter <http://openjurist.org/558/f2d/480/emma-degraffenreid-et-al-v-general-motors-assembly-division-st-louis>

²⁴ Der 2004 entschiedene Fall Bahl v Law Society ([2004] Industrial Relations Law Review (IRLR) 471) galt lange als Symptom der strukturellen Unfähigkeit des britischen Anti-Diskriminierungsrechts, mit Intersektionalität umzugehen. Im zugrundeliegenden Fall hatte die erste Frau und zugleich erste Person mit ethnischem Minderheitenstatus, die es zur Executive der Law Society gebracht hatte, ihre Position wieder gekündigt. Diese Kündigung wurde vom Employment Appeal Tribunal als unmittelbare Folge von rassistischer und sexistischer Belästigung qualifiziert. Der Court of Appeal verwarf eine Entscheidung des Employment Appeal Tribunal (EAT), weil das EAT die Tatbestände der sexuellen Belästigung und der rassistischen Belästigung nicht getrennt geprüft hatte, weil es eben diese Trennung nicht für möglich hielt. Näher *Moon*, in Schiek/Lawson (Hrsg.) EU Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination, 2011, S. 157-73.

²⁵ So hat das EAT im Tilern de Bique-Fall anerkannt, dass eine Soldatin wegen ihrer ethnischen Ursprungs sowie ihres Geschlechts diskriminiert ist, wenn die Betreuung ihres Säuglings mit ihrem Schichtdienst kollidiert und das britische Immigrationsrecht es ihr unmöglich macht, das Hilfsangebot ihrer Schwester, die keine EWR-Staatsangehörigkeit hatte, anzunehmen (Ministry of Defence v de Bique [2010] IRLR 471, dazu *Moon*, wie oben, S. 167). 2012 hat der Supreme Court eine untergerichtliche Entscheidung akzeptiert, die eine Belästigung aufgrund rassistischer und sexistischer Vorurteile anerkannte (Hewage v Grampian Health Board [2012] UK Supreme Court [UKSC] 37).

²⁶ EuGH – C-443/15 Rn. 80 – Parris.

2. Mehrfachdiskriminierung im positiven EU Recht

Das positive EU-Antidiskriminierungsrecht hat immer mehr Diskriminierungsmerkmale anerkannt: Die Verträge enthalten unmittelbar wirkende Diskriminierungsverbote wegen der Nationalität (Art. 21, 45, 49, 56 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV]²⁷) sowie des Geschlechts (Art 157 AEUV), letzteres nur in Bezug auf das Arbeitsentgelt. EU-Richtlinien zum Antidiskriminierungsrecht adressieren Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf aufgrund des Geschlechts, der Rasse²⁸, des ethnischen Ursprungs, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung.²⁹ Mit der Vervielfältigung der geschützten Merkmale stellt sich die Frage wie Mehrfachdiskriminierung adressiert werden soll.

Die Erwägungsgründe mancher Richtlinien betonen, dass Frauen besonders häufig von Mehrfachdiskriminierung betroffen sind.³⁰ Eine Definition der Mehrfachdiskriminierungen enthalten die Richtlinien jedoch nicht. Dies müsste den Gerichtshof jedoch nicht davon abhalten, diese Definition selbst zu entwickeln, so wie er auch das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts lange vor seiner gesetzlichen Positivierung anerkannt und definiert hat.³¹

Die EU-Kommission gibt regelmäßig Berichte zur Mehrfachdiskriminierung in Auftrag,³² und das Europäische Parlament hat 2008 im Rahmen eines Legislativvorschlags zur Erweiterung des Anwendungsbereichs der von Richtlinie 2000/78/EG erfassten Diskriminierungen eine Definition von

²⁷ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung aufgrund des am 1.12. 2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (Konsolidierte Fassung: Amtsblatt EG 2008 C 115/47).

²⁸ Die Verwendung des Begriffs Rasse bedeutet keineswegs, dass die Einteilung der Menschheit in unterschiedliche Rassen als legitim angesehen wird (so auch Erwägungsgrund 6 Richtlinie 2000/43/EG vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (Amtsblatt EG 2000 L 180/22).

²⁹ Vgl. Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (Fn. 28); Richtlinie 2000/78/EG zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Fn. 1), zum Grundsatz der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, Richtlinie 2006/54 vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Amtsblatt EG 2006 L 204/23). Der Grundsatz der Gleichbehandlung ungeachtet der Rasse, des ethnischen Ursprungs oder der Geschlechts gilt auch in der sozialen Sicherheit (Richtlinie 2000/43/EG und Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19.12.1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (Amtsblatt EG 1979 L 6/24 sowie für den Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistung auf dem allgemein zugänglichen Märkten und gegenüber der öffentlichen Hand (Richtlinien 2000/43/EG und 79/7/EWG). Gleichbehandlung ungeachtet von Rasse und ethnischem Ursprung ist auch im Gesundheitswesen und im Bildungsbereich geboten (Richtlinie 2000/43/EG).

³⁰ Erwägungsgrund 14 Richtlinie 2000/43, Erwägungsgrund 3 Richtlinie 2000/78. Interessanterweise wird die Problematik in den Richtlinien zur Geschlechtergleichstellung nicht erwähnt, auch nicht in den jüngsten Richtlinien (Richtlinie 2006/54 und Richtlinie 2010/41/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 7.2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der Richtlinie 86/613/EWG des [Amtsblatt EU 2010, L 180/1]).

³¹ Dazu Schiek, in: Schiek et al (Hrsg.), Cases, Materials and Text on International, Supranational and National Non-Discrimination Law, 2007, S. 323-476; Tobler, Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law, 2005.

³² EU Kommission, Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws, 2007 (Zarrehparvar und Osander); Burri/Schiek, Multiple Discrimination in EU Law, 2009; Fredman, Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Discrimination Law, 2016.

Mehrfachdiskriminierung vorgeschlagen.³³ Dieser Vorschlag war gerade deswegen problematisch, weil er Mehrfachdiskriminierungen nur in bestimmten Kombinationen zuließ und zudem nicht im Arbeitsrecht gelten sollte, das ansonsten den Schwerpunkt des Antidiskriminierungsrechts bildet. Es ist durchaus fraglich, ob eine ausdrückliche Definition erforderlich ist. Die vom Gerichtshof in anderem Zusammenhang umfassend genutzte dynamische Auslegung mit einem Fokus auf den Zweck der Norm würde die Anerkennung der Mehrfachdiskriminierung auch nach geltendem Recht ermöglichen.³⁴

3. Die Verarbeitung der Diskussion in der Parris-Entscheidung

Generalanwältin *Kokott* schlug in ihrem Schlussantrag eine solche erweiternde Auslegung vor: Eine Aufspaltung des Lebenssachverhaltes in zwei oder mehr Ungleichbehandlungen sei nicht angemessen, und die Richtlinie untersage auch die Diskriminierung, die auf einem Zusammenspiel mehrerer Gründe beruht. In einem Fall wie dem vorliegenden, wo sowohl eine unmittelbare Altersdiskriminierung als auch eine mittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung vorliege, gebiete das Konzept der Mehrfachdiskriminierung die stärkere Gewichtung der Interessen der benachteiligten Beschäftigten bei der Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung.³⁵ Die Generalanwältin will allerdings Mehrfachdiskriminierungen nur als mittelbare Diskriminierungen kategorisieren. Der Gerichtshof ist dem, wie schon angedeutet, mit sehr sparsamer Begründung von nur 19 Zeilen nicht gefolgt – er lehnt die Kategorie der Mehrfachdiskriminierung schlicht ab.

VI Abschließende Würdigung

Dem der Parris-Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt lässt sich im Grunde nur mit der Anwendung der Kategorie der intersektionellen Diskriminierung gerecht werden. Der Kläger ist nach EU-rechtlichen Maßstäben der Richtlinie 2000/78/EG weder allein wegen seiner gelebten Homosexualität noch allein wegen seines Alters diskriminiert, letzteres wegen der ausdrücklichen gesetzlichen Rechtfertigung der altersbezogenen Beschränkung des Eintritts in betriebliche Altersversorgungssysteme in Art. 6 Abs. 2. Sein Ausschluss aus dem System der Hinterbliebenenversorgung beruht auf dem spezifischen Zusammenspiel beider Faktoren.

Generalanwältin *Kokott* ist insofern zuzustimmen, dass jedenfalls in solchen Fällen das Verbot der Mehrfachdiskriminierung greifen muss. Nach richtiger Auffassung ist die Kategorie offen Homosexueller der Geburtsjahre vor 1952 von der Regelung des Versorgungssystems in besonderer Weise nachteilig betroffen. Es liegt also eine effektive Benachteiligung wegen der sexuellen Ausrichtung und des Alters vor – wie die Generalanwältin richtig feststellt, handelt es sich um den Grundtatbestand der mittelbaren Diskriminierung.

Welche Rechtfertigungsgründe nunmehr eine Rolle spielen, ist im EU-Recht nicht spezifiziert. Das deutsche AGG spezifiziert in § 4, dass in solchen Fällen die Anforderungen an die Rechtfertigung aller einschlägigen Diskriminierungsgründe kumulativ erfüllt sein müssen. Dies erscheint der

³³ Legislative Entschließung vom 2.4. 2009 zum Vorschlag des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung (Amtsblatt EU 2010, C 137/68).

³⁴ *Holzleithner*, in Scherr et al (Fn 21), 2016, S. 1-27, 24; *Hepple*, *Equality - The New Framework*, 2. Auflage 2014, S. 56.

³⁵ Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge 30.6. 2016 EuGH – C-443/15 Rn. 157 – Parris.

grundsätzlichen Bedeutung der Diskriminierungsverbote, die der EuGH in anderen Entscheidungen so gern betont,³⁶ angemessen. Während die Rechtfertigung der Altersdiskriminierung im vorliegenden Fall gelingt, ist die Rechtfertigung der Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung schwieriger: Anders als für die Altersdiskriminierung privilegiert die Richtlinie die Benachteiligung Homosexueller aus versicherungsökonomischen Gründen nicht. Artikel 6 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG stellt sogar ausdrücklich klar, dass durch diese Altersgrenzen keine Geschlechtsdiskriminierung herbeigeführt werden darf. Der nationale Regelgeber müsste also nachweisen, dass der versicherungsökonomische Zweck nur durch den Ausschluss der offen Homosexuellen der Geburtsjahrgänge 1951 und älter erreicht werden könnte. Gerade weil es sich nur um eine kleine Gruppe handelt, dürfte dieser Nachweis nicht leicht gelingen.

Mit einer solchen Entscheidung hätte der EuGH zeigen können, dass sich die US-amerikanische Geschichte der qualvoll langsamen Anerkennung intersektioneller Diskriminierung in Europa nicht wiederholen muss. So wie die Entscheidung gefallen ist, bestätigt sie, dass die Anerkennung komplexer Konzepte in der Rechtsprechung Zeit braucht. Mit den Schlussanträgen von Generalanwältin *Kokott* ist jedenfalls ein erster Schritt getan. Die grundsätzliche Beschränkung der Mehrfachdiskriminierung auf die mittelbare Diskriminierung vermag allerdings nicht zu überzeugen. Die britischen Fälle *Bahl* und *Hewage*³⁷ sind gerade Beispiele dafür, dass die Anerkennung mittelbarer Diskriminierung aufgrund mehrerer Gründe nicht ausreicht. Bei den Belästigungen, denen die weiblichen Führungskräfte aus ethnischen Minderheiten ausgesetzt waren und bei denen sich sexistische und rassistische Elemente nicht unterscheiden ließen, handelte es sich nicht um mittelbare Diskriminierung. Auch unmittelbare Diskriminierungen ohne Belästigungshintergrund sind durchaus denkbar. Der vorliegende Fall wäre als intersektionelle Kombination aus unmittelbarer Altersdiskriminierung und mittelbarer Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung richtig eingeordnet gewesen.

³⁶ Vgl. EuGH (Große Kammer) 19.4. 2016 – C-441/14 Rn. 21 – Dansk Industri (DI).

³⁷ Vgl. oben Fn. 24.